Comisión de Industria, Energía y Minería
Carpetas Nos. 499 de 2015 y 1162 de 2016

Versión Taquigráfica N° 746 de 2016

EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS MEDIANTE LA TÉCNICA DE FRACTURACIÓN HIDRÁULICA

Prohibición

PROYECTOS DE FRACTURA HIDRÁULICA PARA OBTENCIÓN DE GAS O PETRÓLEO

Establecimiento de la moratoria y creación de una Comisión Nacional de Evaluación Técnica

Versión taquigráfica de la reunión realizada el día 21 de setiembre de 2016

(Sin corregir)

PRESIDE:	Señor Representante Julio Battistoni.
MIEMBROS:	Señores Representantes Saúl Aristimuño y Alberto Perdomo Gamarra
DELEGADO DE SECTOR:	Señor Representante Eduardo José Rubio.
INVITADOS:	Por el Colegio de Abogados del Uruguay, doctores Eugenio Xavier de Mello, Presidente del Directorio y Marcelo Cousillas, Presidente de la Comisión de Derecho Ambiental.
SECRETARIA:	Señora Marcela Castrillón.
PROSECRETARIA:	Señora Lourdes E. Zícari.

SEÑOR PRESIDENTE (Julio Battistoni).- Habiendo número, está abierta la reunión.

La Comisión tiene el gusto de recibir a una delegación de la Comisión de Derecho Ambiental del Colegio de Abogados del Uruguay, integrada por el Presidente del Directorio del Colegio de Abogados del Uruguay,

doctor Eugenio Xavier de Mello, y el Presidente de la Comisión de Derecho Ambiental, doctor Marcelo Cousillas.

Queremos conocer su opinión sobre la tecnología del fracking para la explotación de hidrocarburos, lo que está siendo ampliamente debatido en Uruguay y en todo el mundo. La Comisión les envió material sobre el tema que tenemos a estudio.

SEÑOR XAVIER de MELLO (Eugenio).- Agradezco a la Comisión por darnos la oportunidad de expresarnos.

El Colegio de Abogados del Uruguay ha advertido, tempranamente, la importancia de los aspectos jurídicos del cuidado ambiental, al punto que creó una Comisión de Derecho Ambiental, cuyo presidente es el doctor Marcelo Cousillas quien me acompaña y, además, es profesor de derecho ambiental de la Udelar y asesor de la Dinama. O sea que se trata de una persona altamente especializada en estos temas.

Comienzo haciendo referencia a una expresión de la doctrina que señala lo siguiente: el hombre, acechado por la naturaleza, asediado por sus propias limitaciones, muchas veces encuentra la posibilidad de alcanzar algunas certezas, por lo menos respecto del comportamiento de los demás hombres, y esa es una de las funciones principales del derecho. El derecho tiene por finalidad la justicia y el orden o la seguridad. Se puede concebir un derecho injusto, pero no se puede concebir un derecho que no establezca cierto orden, cierta disciplina, porque esa es la función inexcusable de ordenamiento social.

Por otra parte, está claro que existen catástrofes naturales de todo orden que seguramente son imposibles de evitar y, a veces, imposibles de prevenir. Se limita, entonces, la posibilidad de que las normas prevean una mitigación de los daños a través del derecho, pero no evitar esos acontecimientos. En cambio, se indica que se pueden evitar los daños que provoca el hombre en el medioambiente, que generan, por ejemplo, contaminación industrial, aumento del efecto invernadero, elevación de los mares, derretimiento de los polos, es decir, todas las consecuencias en las que tiene alguna incidencia causal el ser humano.

En todos esos aspectos, el derecho realiza un aporte fundamental. No solo me refiero al derecho nacional, sino también al derecho internacional, dado que el medioambiente es del planeta. Siempre se habla, se negocia y se hacen tratados sobre la contaminación transfronteriza. De manera que también es importante partir de un enfoque global, porque si nos limitamos a un solo país las consecuencias negativas no pueden ser totalmente evitadas.

Además, el tema del medioambiente se conecta en forma directa con el de los derechos humanos, lo que históricamente ha preocupado al Colegio, dado que los derechos ambientales son considerados derechos humanos de tercera generación. Tanto es así que el artículo 47 de nuestra Constitución no solo establece la protección del medioambiente y proscribe conductas que lo afecten, sino que también establece, a través del principio de solidaridad intergeneracional, el acceso al agua como un derecho fundamental.

En la materia existen claros intereses contrapuestos, lo que también es objeto del derecho a regular y tratar de superar. Existe una contraposición entre los intereses de los hombres y mujeres presentes y los intereses de los del futuro. Naturalmente, al ser el medioambiente un patrimonio intergeneracional, queda a cargo de los hombres y mujeres presentes cuidarlo, para que también quede para quienes nos suceden.

Por otra parte, hay una marcada contradicción entre los intereses puramente económicos y los intereses puramente ambientales. En todos estos aspectos, la norma jurídica puede prestar un servicio básico.

Con respecto al fracking -permítanme utilizar esa expresión que es muy sintética-, hay quienes lo elogian y quienes lo critican. Entre los primeros hay personas que dicen que se trata de un procedimiento más ecológico que los anteriores y que provoca menos daño; otros recalcan la conveniencia económica de su utilización, a tal punto que José Manuel Soria -por ejemplo-, exministro de Industria, Energía y Turismo de España, ha dicho que no se puede dejar pasar la oportunidad que representa la técnica del fracking, pues renunciar a ella sería un lujo inasumible. No olvidemos que España es un país que importa casi la totalidad de los combustibles fósiles que utiliza.

Hay que reconocer que la mayoría de quienes se han pronunciado sobre el tema efectúan severas críticas al fracking y a los efectos negativos que podría tener no solo sobre el ambiente en forma genérica sino, especialmente, sobre la salud humana. Se trata de una técnica muy invasiva, que no solo genera consecuencias en el territorio -suelo y subsuelo-, sino también en el agua -profunda y superficial-, con derivaciones que pueden ser muy graves.

Todo esto está reseñado en la exposición de motivos de uno de los proyectos que estamos considerando y en las exposiciones de algunos técnicos que nos precedieron, que son muy ilustrativas.

En alguna medida, se trata de un tema científico y técnico y, por lo tanto, de política legislativa. Esto significa que la decisión final, como corresponde, será adoptada por la Cámara y que las consideraciones políticas y filosóficas tendrán su incidencia. En nuestro caso, nos limitaremos a analizar los aspectos jurídicos, sin perjuicio de ver que muchas veces el aspecto técnico también contribuye a que efectivamente se alcancen los fines políticos perseguidos por el legislador. Alguna vez hemos comprobado en el Colegio de Abogados que percibiéndose una determinada voluntad política del legislador, luego en la articulación de la normativa, en la redacción de los artículos eso no se logra, pero no porque no se quiera sino porque no se han utilizado los resortes técnicos correspondientes.

Por otra parte, cuando el Colegio es convocado, siempre que es posible intenta proponer mejoras a la redacción del articulado.

Sobre este punto, debemos partir de que existen normas constitucionales que deben ser observadas.

En primer lugar, tenemos los artículos 7º y 10 de la Constitución, que establecen el principio de libertad: nada que no esté prohibido puede dejar de ser habilitado; es decir que las acciones de los hombres que no están expresamente proscriptas, obviamente, son permitidas. A su vez, el artículo 36 de la Constitución otorga la libertad de realizar cualquier actividad económica que se desee. Estos artículos implican un principio cuya limitación requiere ley.

Asimismo, el artículo 47 -al que recién nos referimos y que menciona la protección del medioambiente y el derecho al agua- establece que por ley se deberá reglamentar esa disposición, cosa que ya se hizo y que el Poder Legislativo está en condiciones de continuar efectuando.

Aparentemente, este proyecto estaría en esa línea de seguir reglamentando y regulando principios constitucionales que tienen que ver con la protección del medioambiente.

Por otro lado, se plantean los cursos de acción posibles. Uno de ellos es que no se legisle, y en ese caso quedaría vigente el derecho a la libertad que consagra la Constitución y, por lo tanto, se podría dar la situación de que se otorgaran permisos o concesiones a empresas privadas, que luego se constataran daños al ambiente y que, como país, nos viéramos envueltos en una confrontación de tipo judicial por haber revocado permisos que se concedieron en forma incondicionada.

De manera que la prohibición de este tipo de técnicas podría tener un efecto preventivo en cuanto al riesgo, pues aprovechando la libertad que hoy existe, tal vez el día de mañana se asumieran con determinadas empresas compromisos que luego fueran muy difíciles de remover.

La otra posibilidad es la prohibición, tal como han optado muchos países, por determinado plazo o en forma indefinida.

La tercera variante es la moratoria. En esta área diversas legislaciones han utilizado la expresión moratoria, y en tal sentido debemos decir lo siguiente. En primer lugar, según el diccionario, moratoria es la prórroga de un plazo para hacer algo, normalmente para pagar una deuda. Ese es el significado gramatical. En sentido amplio podríamos admitir que también hay moratoria cuando se prohíbe temporalmente alguna cosa, pero lo característico de la moratoria es que se fija un plazo, y vencido este, caduca en forma automática y se vuelve a la situación anterior, sin perjuicio de que se pueda prorrogar.

Nos parece que este proyecto, que utiliza en forma superpuesta los términos prohibición y moratoria, debería ser corregido para unificar la calificación que se da a la disposición de la ley. Tengan presente que en los artículos 1º y 2º, y al comienzo del artículo 3º se habla de prohibición, y que en el resto del articulado se

habla de moratoria. Esto es algo terminológico, pero entendemos que se podría mejorar estableciendo el término prohibición. ¿Por qué prohibición? Porque no se dan las características típicas de la moratoria, es decir, no se prorroga un plazo y, lo más importante, no hay caducidad al cumplirse determinada fecha sino que en principio esto podría seguir indefinidamente.

La valoración general del proyecto en cuanto a la constitucionalidad es positiva. Consideramos que el Parlamento puede legislar en la materia; se trata de una valoración política que nos excede, pero nos parece claro que regular el medioambiente, establecer limitaciones, restricciones, prohibiciones o habilitaciones está dentro de los cometidos del Estado, y esto corresponde al Poder Legislativo.

El asunto es ver si efectivamente se logran los objetivos buscados. ¿Cuáles son los objetivos? Parecería que los proyectistas han optado no por la línea de la prohibición indefinida, sino por la de un régimen de prohibición temporal. Pero eso no se refleja adecuadamente en el articulado. Si esa fuera la intención, reitero, no se refleja en el articulado.

¿Por qué decimos esto? Porque se ha establecido que se va a hacer una evaluación de la prohibición cada cinco años, y se resolverá si se levanta, o no. Quiere decir que si no se levanta, continúa. Se afirma que la evaluación se hará cada cinco años, pero no se dice quién la hará ni quién resuelve si se levanta.Lo único que dice es que se evaluará previo dictamen o informe de la Comisión que se crea por el artículo 4º -lo que nos parece perfecto- pero no dice quién tiene que hacer la evaluación. Se supone que será el Poder Ejecutivo, que es el que tiene competencia para ejecutar las leyes y posición jerárquica respecto del Ministerio de Industria, Energía y Minería, que sería la autoridad de aplicación, aunque tampoco se dice en forma clara. Sería bueno que en el proyecto se encomendara directamente al Poder Ejecutivo el encargo y la competencia de la evaluación.

Tampoco se establece dentro de qué plazo se tiene que hacer la evaluación. Pasan los cinco años, la Comisión hace el informe ¿y el Poder Ejecutivo cuándo evalúa? Cuando le parezca; no hay plazo. Tampoco dice quién resuelve si se levanta o no, ni dentro de qué plazo. Por lo tanto, esto podría quedar indefinidamente sin resolver y, en ese caso, la prohibición que se pensó como transitoria sería permanente.

¿A quién le corresponde establecer si se levanta o no la prohibición? Evidentemente, si no se dice otra cosa, le corresponde al Poder Legislativo, mediante una ley modificativa, con lo cual tenemos que la prohibición es permanente, salvo que otra ley la deje sin efecto. Para ello no necesitábamos todas estas disposiciones porque el Poder Legislativo siempre va a poder modificar, inclusive esta ley que, si se aprueba, va a fijar un primer plazo de cinco años. En ese aspecto hay varias cosas para ajustar.

El artículo 3º establece que cada cinco años se efectuará la evaluación previo informe de la Comisión. Hay tres actos independientes. El primero es el informe. ¿Quién lo hace? La Comisión. Esta Comisión es un acierto del proyecto, sobre todo si la finalidad era ganar tiempo para estudiar más a fondo los aspectos técnicos del fracking, las consecuencias negativas que pueda tener y, una cosa muy importante que el proyecto menciona, el estudio de las características propias de nuestro país en cuanto a suelos, subsuelo, condiciones atmosféricas, actividades productivas. El proyecto en forma correcta establece que la Comisión debe analizar las industrias que existen en el país y cómo las afectaría la prohibición si se mantiene. Esos aspectos son positivos.

El primer acto es el informe; el segundo acto es la evaluación de la prohibición, que es a los cinco años, pero sin plazo concreto. ¿Quién lo hace? El Poder Ejecutivo, en principio. El tercer aspecto es quién resuelve si se levanta o no la prohibición. Sería el Poder Legislativo, porque no cabe otra posibilidad tratándose de un tema que se refiere a derechos humanos y al medioambiente.

Sintéticamente, voy a hacer algunos comentarios más puntuales.

El artículo 1º establece: “Prohíbase a partir de la entrada en vigencia de la presente ley […]”. Dice “Prohíbase”, lo cual parecería indicar que se le está dando la orden a alguien de que prohíba; de que no se está prohibiendo en forma directa por la ley, sino que se está dando una indicación a alguien, aunque no se dice quién es. Nos parece que quizás se trate de un problema tipográfico y lo que se quiso establecer es “Prohíbese”. Por lo tanto, alertamos a la Comisión sobre la conveniencia, si esa es la intención, de poner “Prohíbese”.

Por otro lado, no nos pronunciamos -porque no es nuestra competencia- sobre si el plazo de cinco años inicial es o no demasiado extenso. Es una decisión del legislador y no tenemos elementos para cuestionarla. Sin embargo, nos parece riesgoso que los plazos sucesivos también sean de cinco años porque es imposible que sepamos ahora si van a ser los debidos o demasiado extensos. Quizá se podría pensar en la posibilidad de que el primer plazo sea de cinco años o el que ustedes resuelvan, y que los sucesivos sean más cortos, porque la técnica evoluciona muy rápido. Se trata de una técnica que ha tenido un enorme impacto económico en el mundo, respecto de la que se están haciendo grandes inversiones para hacerla más segura. Entonces, privar a priori a un país como el nuestro -que importa todos sus combustibles fósiles- de un adelanto tecnológico monumental como este, podría significar cerrar puertas a una posibilidad interesante.

Por otra parte, respecto de las excepciones, el artículo 2º establece: "Exceptúanse de la prohibición establecida en el artículo anterior las perforaciones que se realicen con propósitos científicos o de estudio y relevamiento de los suelos". Parecería correcto, pero no se debe olvidar que también esas perforaciones hechas a través del fracking pueden tener efectos ambientales. Quizá se podría establecer algún tipo de autorización o permiso -inclusive, en el caso de que se resuelva ir a la prohibición- para los temas excepcionales que eviten o prevengan los daños que se podrían provocar, aunque las finalidades sean científicas o de estudio.

El artículo 10 establece: "La Comisión de Evaluación Técnica elaborará sus informes teniendo en consideración las condiciones geológicas y del ecosistema nacional […]". Esto parece más que razonable y necesario porque el suelo, subsuelo y las condiciones generales del ecosistema y obviamente las productivas, son diferentes en cada país e, inclusive, en cada región. Con respecto a las actividades productivas existentes la Comisión también se deberá hacer algún tipo de consideración, porque evidentemente lo que no se quiere es que la prohibición o su levantamiento generen algún problema a las industrias existentes. En este aspecto me parece que quizá podría abrirse una puertita para las actividades futuras, porque no se puede congelar en el tiempo y proteger lo que ya existe; quizá por razones de interés nacional existan actividades futuras, inminentes inclusive, que la Comisión debería tener en cuenta, sin perjuicio de que la decisión final no la tome la Comisión. Esta simplemente, en sus análisis, evalúa qué riesgo hay para las actividades económicas existentes, qué riesgo podría haber para las que se generen en el futuro y luego se resolverá en base a las consideraciones generales del caso.

El artículo 10 también habla de la afectación de aguas superficiales y del subsuelo, que deberá ser tenida muy en cuenta por la Comisión en sus informes. Nos parece que la norma puede ser limitativa porque hay otras consecuencias del fracking que también deberían tenerse en cuenta y que son tan o más importantes que las mencionadas en el artículo 10, como la afectación de la salud, la contaminación atmosférica, etcétera.

El literal C) del artículo 8º, establece que dentro de las potestades de la Comisión se encuentra la de: "Disponer observación 'in situ'" -debería decir "la observación"- "de las acciones tendientes a la solución de los problemas derivados del impacto ambiental por el empleo de las técnicas de extracción bajo estudio". Nos parece que esto no es del todo lógico dado que, si las técnicas están prohibidas por el artículo 1º, ¿cómo se va poder hacer la observación in situ? Quizá sea pensando en que se levante la prohibición en algún momento y la Comisión siga funcionando, cosa que podría darse. En el contexto actual de la ley no parece congruente que se establezca dentro de las potestades hacer una observación in situ de las consecuencias del fracking si está prohibido.

Estas son algunas consideraciones iniciales y creo que ahora lo importante es escuchar al doctor Marcelo Cousillas que es un destacadísimo especialista en la materia.

SEÑOR COUSILLAS (Marcelo).- Agradezco la invitación de la Comisión y la posibilidad que nos da el Colegio de Abogados del Uruguay de interactuar con la Cámara de Representantes.

Desde el punto de vista de nuestra comisión y del derecho ambiental nacional, felicito que la Comisión esté considerando proyectos de esta naturaleza, que tienen una calidad destacable, que vienen acompañados de exposiciones de motivos y de informes técnicos de gran valor, tanto desde el punto de vista de la técnica geológica o ingenieril, como del derecho ambiental propiamente dicho.

El fracking es un tema de alta sensibilidad social en Uruguay, pero también en otros países y ha dado lugar al dictado de otras legislaciones. La tan mentada "Ley Jacob", que Francia dictó en 2011 para prohibir el

fracking, fue la respuesta a movimientos sociales muy importantes que se desarrollaron en ese país y que dieron lugar a que el diputado Christian Jacob presentara la ley que fue finalmente promulgada, aun en el período del presidente Sarkozy. Eso mismo sucedió en otros países y con otras legislaciones. Hoy en nuestro país está claro que, en términos generales, el común de la gente tiene preocupación por el tema y muchas veces es por desconocimiento, por incertidumbre, pero debe ser tenida en cuenta por el legislador y por el derecho.

Hemos recibido de la Comisión dos proyectos: uno que dispone la prohibición en términos generales y otro que la dispone, como se mencionaba antes, bajo el rótulo de moratoria o en términos temporales. Hay otro proyecto más, que la Comisión ha considerado el más breve, presentado por el actual Presidente de la Cámara, que tiene relación con el primero que mencionaba, por lo que me voy a referir a ellos de manera indistinta.

El fracking es un tema que desde el punto de vista del derecho ambiental se adecua y se inserta en sus mismas características. El derecho ambiental viene a cambiar, a poner en cuestión, a tratar de solucionar con paradigmas diferentes cuestiones que el derecho tradicional no pudo o no contaba con herramientas como para abordar. Entonces, la prevención, es decir, la actuación anticipatoria, es una premisa fundamental del derecho ambiental, a diferencia del derecho tradicional, que buscaba un dejar actuar y, luego, tratar de reparar o sancionar por las desviaciones o los inconvenientes que se pudieran derivar de la actuación.

El derecho ambiental no abdica ni de la reparación ni de la represión, pero pone el énfasis en la prevención. Todas las baterías instrumentales del derecho ambiental buscan anticiparse y evitar efectos ambientales que muchas veces son irreparables, muy costosos de recomponer o reparar y que en otros casos producen extinciones de especies, afectación de recursos que tienen un alto valor para la sociedad actual, y no se puede volver atrás.

En nuestro país ya tenemos algunas normas que desde el punto de vista del derecho ambiental abordarían estos temas y lo harían con estos principios que estoy mencionando. Con el artículo 47 de la Constitución de la República, que ya ha sido mencionado aquí, y con la Ley General de Protección del Medioambiente Nº 17.283, de 28 de noviembre de 2000, que reglamenta el artículo 47, pero nos da las bases de la política ambiental nacional y de los principios en esta materia, ya tenemos un fundamento, un bagaje como para abordar políticamente estos temas. También contamos con la Ley Nº 16.466, de 14 de enero de 1994, y su decreto reglamentario, que establecen el régimen nacional de evaluación de impacto ambiental. Precisamente, esta es la herramienta más difundida en el derecho ambiental a nivel comparado para estudiar anticipadamente los eventuales efectos negativos de actividades, construcciones u obras, para autorizarlas o para impedirlas cuando esos impactos puedan resultar inadmisibles.

El fracking, como tal, hoy está contenido en el artículo 2º del Decreto Nº 349 de 21 de setiembre de 2005, que al reglamentar la ley de 1994 establece el listado de proyectos que no pueden ser ejecutados si previamente no han obtenido la llamada autorización ambiental previa.

No se menciona en ese listado a título expreso la tecnología del fracking, pero sí aparece la extracción de minerales, las perforaciones y, especialmente, la búsqueda y la explotación de hidrocarburos, cualquiera sea -como dice el reglamento- su método de extracción.

De manera que hoy contamos con alguna normativa. Esto no quita que el Poder Legislativo y que el Gobierno nacional tomen decisiones políticas acerca de la conveniencia o la inconveniencia de llevar adelante este tipo de actividades, más allá de los procedimientos, las autorizaciones con las que ya contamos.

Por lo tanto, adoptar una legislación prohibitiva en forma definitiva, temporal o a modo de moratoria es una decisión de política ambiental, de política de desarrollo, que nuestro país puede adoptar y tiene margen constitucional para hacerlo. Existen otras decisiones de la Suprema Corte de Justicia que ponen de manifiesto cómo el artículo 47 de la Constitución declara de interés general la protección del medioambiente. Esa declaración, que podría pensarse que es meramente de relevancia o de interés político, tiene un valor constitucional supremo.

Como ustedes bien saben, los derechos fundamentales, los que están reconocidos en el artículo 7º de la Constitución de la República y los que la jurisprudencia y la doctrina admiten como derechos individuales, como derechos humanos básicos, solo pueden ser limitados por la ley y no por cualquier ley, sino por una ley

que sea dictada por razones de interés general. Por lo tanto, la libertad de comercio, de industria, de trabajo, el derecho de propiedad, solo podrían ser limitados por una ley que apunte a proteger el interés general.

¿Qué es el interés general? Es un típico concepto jurídico indeterminado que el legislador y el juez completan a medida que políticamente, a lo largo del tiempo, se va identificando qué se considera de interés general como rubro capaz de limitar los derechos fundamentales.

Hay una sola materia que la Constitución de la República reconoce de interés general. No es la ley, ni el legislador, ni la Suprema Corte de Justicia el que identifica esta materia como de interés general, sino que fue el propio constituyente el que la tasó como de interés general, y es la protección del medioambiente. La única materia que dentro de la Constitución de la República aparece tasada, titulada como de interés general es la protección del medioambiente, que figura en el inciso primero del artículo 47.

Por lo tanto, sería innegable la posibilidad de que la ley prohibiera alguna actividad, algún proyecto, en caso de que considerara que es de interés general hacerlo para la protección del medioambiente.

En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional Francesa con respecto a la ley de 2011, después que empresas privadas y parte del Partido Socialista francés tratara de impugnarla de inconstitucional. Sin embargo, fue tildada o considerada como constitucional con razonamientos y fundamentos similares a los que hoy exponemos.

Ahora bien, ¿por qué se adoptaría una decisión prohibitiva en el caso de esta técnica de extracción de gas y petróleo? Se podría adoptar porque existiera evidencia científica suficiente acerca de los impactos negativos que esa actividad podría producir. Ustedes saben que parte de la Academia, de los organismos internacionales en esta materia y de los organismos ambientales de distintos países sostienen que se producen esos impactos. Aquí en Sala ustedes han recibido a delegaciones y técnicos que así lo han informado. Algunas de las exposiciones de motivos hacen referencia a información sobre esto. Es muy fecunda la información que se puede obtener hoy en día sobre estas técnicas.

Aun en el caso de que no existiera certeza técnica absoluta sobre las consecuencias negativas que estas técnicas podrían producir; aun cuando existiera la incertidumbre, pero tuviéramos una duda razonable sobre las consecuencias ambientales no positivas y esas consecuencias se consideraran actualmente irreversibles o tuvieran una magnitud de riesgo suficiente como para afectar valores muy trascendentes desde el punto de vista ambiental, el principio precautorio que informa el derecho ambiental y que es base de la política ambiental uruguaya desde el año 2000, de acuerdo con el artículo 6º de la Ley Nº 17.283, también justificaría la adopción de una prohibición o la adopción de una medida altamente restrictiva de actividades que cayeran dentro de este halo de incertidumbre.

Sinceramente, creemos que el caso del fracking aplica a estos conceptos, porque tanto desde el punto de vista del derecho ambiental como del avance tecnológico que a nivel internacional se muestra hay evidencia suficiente como para considerarlo impactante o, por lo menos, dentro de un ámbito de incertidumbre que determina la adecuada admisión de medidas de esta naturaleza.

¿Serían suficientes las normas con las que ya contamos, a las cuales deberían sumarse la Ley Nº 18.308, de 18 de junio de 2008, de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible? Probablemente, una actividad de este tipo no obtendría una autorización ambiental previa. Por el grado de incertidumbre con el que debería manejarse y las consecuencias que se muestran en otros países no debería obtener las autorizaciones administrativas correspondientes.

Por tanto, bien hace el legislador en anticiparse, aun cuando mediante el cumplimiento de procedimientos extensos que pueden llevar años, mediante el gasto de dineros públicos y privados importantes, se llegara a la conclusión de que esta actividad no se podría realizar proyecto a proyecto y caso a caso. Hace bien el legislador en indicar el resultado por anticipado, evitando largas tramitaciones que no tendrían un resultado fructífero.

No nos vamos a expedir sobre la conveniencia del proyecto de prohibición total o del proyecto de prohibición condicionada -llamémosle así-, pero en caso de que la Comisión y esta Cámara optaran por uno u otro sería conveniente que tuvieran en cuenta algunos aspectos jurídicos que desde el punto de vista ambiental son trascendentes.

En el primero de los proyectos no parecería conveniente definir el método de fracturación hidráulica o fracking, tal como lo hace el artículo 1º. En general, en el Derecho se suele sostener -es una de las escuelas más recibidas en nuestro país- que el legislador y la ley no deberían definir ni consolidar a través de la ley una definición que pertenece a una ciencia o arte. Y no debería hacerlo porque las cosas evolucionan y cambian, porque la precisión técnica a veces no puede reflejarse y porque la gran diversidad tecnológica no puede plasmarse fácilmente y adecuadamente en la ley. Nada cambiaría el proyecto si no estuviera el artículo 1º.

¿Qué se entiende por fracking o por facturación hidráulica? Es algo que la ciencia y la técnica aplicable nos debe completar e informar, sin necesidad de definirlo.

De la misma forma, el artículo 2º del proyecto prohíbe todo tipo de utilización de esta técnica, incluso con fines científicos.

Les confieso que personalmente -reitero: personalmente- estoy de acuerdo con el alcance de la prohibición, pero también entiendo, desde el punto de vista técnico- jurídico, que las cosas evolucionan, la ciencia cambia y evoluciona a pasos agigantados y que, como se ha dicho en esta misma Sala, tal vez no debemos negarnos a la posibilidad de conocer los recursos con los que contamos; no debemos negarnos a la posibilidades científicas, por lo que tal vez el legislador podría considerar la prohibición, teniendo en cuenta la posibilidad de que sí se pudieran realizar estudios científicos y la aplicación de esta tecnología con fines estrictamente científicos. En caso de que así se hiciera, tenemos que tener en cuenta el bagaje normativo existente: la Constitución, la ley, la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental y su reglamentación, y las autorizaciones administrativas correspondientes.

Voy a referirme al segundo proyecto, sumándome a las consideraciones que ya ha hecho el señor presidente del Colegio de Abogados del Uruguay sobre un aspecto colateral o vinculado, pero desde la óptica del derecho ambiental.

Cuando uno se plantea si esta prohibición es temporaria y qué sucedería si pasan los cinco años previstos en la ley, como dijo el presidente del Colegio, no me cabe duda de que la prohibición continuaría, porque la ley no ha establecido ningún mecanismo diferente. Desde el punto de vista del derecho ambiental esa es la solución atinada, porque se está poniendo por delante el interés general. Las soluciones de automaticidad, de levantamiento imperativo o de silencio negativo no son soluciones que en el derecho ambiental se reputen admisibles o se consideren protectoras del fin perseguido, porque si el legislador se demora, porque si no se formula el informe, porque por cualquier cuestión que suceda no puede dejarse librada a la veleidad de los hombres la consecuencia tan negativa que sería que, por omisión o desidia, se levantara una prohibición establecida y discutida por el propio representante de la ciudadanía. Sí creo que desde el punto de vista del derecho ambiental se podría aportar para que esto funcionara.

Me llamó la atención que el artículo 3º refiera a un informe exhaustivo, porque es difícil saber si es exhaustivo o no, si se cumplió con la ley o no. Desde el derecho ambiental me interesaría mucho que ese informe fuera público y que la ley contuviera algún mecanismo preceptivo para que las tareas de la Comisión tuvieran carácter público, ya sea que se utilizara la puesta de manifiesto de los informes previos, el mecanismo de la audiencia pública o cualquier otro. Me interesaría que hubiera una publicidad preceptiva, no pasiva -que sin duda existe y ya la tenemos consagrada en nuestro derecho, por medio de la cual todos pueden acceder a la información pública-, que esta Comisión funcionara de manera pública. Eso atendería a la preocupación social y daría tránsito a esas organizaciones y a esos interesados, a los que están a favor y a los que están en contra de esta técnica, o a los que están a favor y a los que están en contra de esta prohibición, para que pudieran aportar y saber cómo se maneja la Comisión mientras va haciendo los estudios.

Quiero saludar el espíritu y el mecanismo que utiliza este proyecto. Si estuviera destinado a informar cada una de las iniciativas caso a caso, seguramente nosotros les diríamos que eso ya está hecho, pero como está enfocado a mirar la técnica globalmente considerada saludamos que lo haga a través de este mecanismo.

En el artículo 5º hay un problema terminológico entre cometidos y facultades que es menor y responde más bien al derecho administrativo, pero en el literal C) se le comete a la Comisión la elaboración de informes técnicos, estándares y mejores prácticas disponibles, lo cual es muy común en el derecho ambiental comparado. Sin embargo, para evitar una confusión y que se interprete que esta ley pudiera de alguna manera

modificar leyes anteriores o competencias ya existentes creo que, sin desmedro de la finalidad, debería eliminarse el concepto de estándares. La Comisión tiene un trabajo técnico para informar al legislador y al Poder Ejecutivo si la prohibición se mantiene o no y para ponerlos permanentemente al día del estado de la técnica, pero no la elaboración de estándares que deban estar contenidos en normas dispositivas obligatorias y reglamentarias de la actividad en caso de que la prohibición se levantara.

De la misma forma, con el mismo criterio, parece razonable que el artículo 10 haga referencia o limite el trabajo de la Comisión al ecosistema nacional o a las actividades productivas existentes. Es cierto que lo orienta y no lo limita, pero nos parece que en un tema como este, cuando se ha dicho una y varias veces en esta Comisión que este tipo de metodologías tienen que ver con los acuíferos y que nosotros contamos con acuíferos trasnacionales, el ambiente no puede limitarse a un contexto exclusivamente nacional. El ambiente es uno, y si bien nosotros vamos a legislar para nuestro país, el estudio de la Comisión debe tener en cuenta el ecosistema o el ambiente y no poner un calificativo que acote. Cuando la Comisión estudie cómo esto podría afectar a un acuífero no va a poder limitarse al acuífero en tanto quede limitado dentro de las fronteras nacionales. De la misma manera, no debería limitarse a las actividades productivas existentes, sino tener en cuenta las actuales y las potenciales, porque la potencialidad de uso del suelo no debería limitarse a las que tenga actualmente, sino a aquellas que son las más interesantes.

El artículo 11, sabiamente y por lo que mencionamos antes de acuerdo a la legislación existente, aclara que esta ley no altera las competencias asignadas a la Dirección Nacional de Medioambiente y a la Dirección Nacional de Minería y Geología, una del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medioambiente y otra del Ministerio de Industria, Energía y Minería. Eso me parece correcto. Tal vez, lo que no es muy adecuado es la técnica que utiliza el artículo al referirse a dos unidades ejecutoras, a dos organismos desconcentrados de ministerios del Poder Ejecutivo. Creemos que el artículo debería hacer referencia a las competencias correspondientes, a la materia de medioambiente y de la minería o la geología ya asignadas por las normas vigentes con carácter general. Podríamos preguntarnos si las competencias que son atinentes al Ministerio de Industria, Energía y Minería pero que no fueron desconcentradas en la Dinamige, o las competencias atinentes al Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medioambiente que no fueron desconcentradas en la Dinama son alteradas por esta ley. Claramente ese no es el espíritu del legislador y probablemente llegaríamos a la conclusión de que no se ven alteradas, pero por una cuestión de técnica parecería mucho más recomendable que el artículo se redactara en referencia a las materias de competencia que no pretende modificar y no a las unidades ejecutoras que dentro del Poder Ejecutivo refieren a ellas.

El reservorio más grande que hasta ahora se ha explotado de gas y petróleo bajo el método del fracking lleva mi nombre, así que me siento tocado personalmente por el Marcellus Shale de los Estados Unidos. A pesar de esa sinonimia, saludo y felicito a la Comisión porque tenga entre manos iniciativas de esta naturaleza.

Muchas gracias. Quedamos a su disposición, como lo ha manifestado el presidente del Colegio.

SEÑOR XAVIER de MELLO (Eugenio).- A mi juicio, ambos proyectos son de prohibición -la diferencia es el matiz: uno utiliza la expresión “moratoria”, que en este caso considero inadecuada- con carácter definitivo, porque solamente se puede salir de esa prohibición con otra ley.

Por otro lado, la posición histórica del Colegio de Abogados del Uruguay frente a la renovación tecnológica es muy positiva. En esta materia el colegio no es conservador, sino altamente avanzado, al punto de que recientemente hemos llevado a cabo actividades sobre las nuevas tecnologías de la información, inclusive con publicaciones.

Pero como habrán observado de las palabras del presidente de la Comisión de Derecho Ambiental, somos muy celosos con el medioambiente y ahí es cuando somos más conservadores, porque se trata de un patrimonio que no es nuestro solamente, sino también de nuestros hijos y nietos. Además, la ignorancia con respecto a los actos que pueden afectarlo, puede generar consecuencias gravísimas.

El Colegio ha adoptado esa posición conservadora; sin perjuicio de ello, considera positivo que se designe una comisión que se mantendrá al día respecto de los avances que se generen en la materia, con lo cual se podría llegar a recomendar al Poder Ejecutivo -que evaluará la conveniencia de enviarlo- un proyecto de ley modificativo.

SEÑOR PRESIDENTE.- Los aportes han sido muy valiosos. Es una pena que la integración de la comisión esté menguada.

Adelanto mi opinión respecto a que no debería aprobarse una ley; ya hay suficientes normas ambientales.

Como dijo el doctor Xavier de Mello, se trata de una tecnología que está avanzado a raíz de los graves problemas -por lo menos los primeros efectos importantes ocasionados por esta explotación- en la cuenca del río Misisipi. Lo mismo sucedió cuando se implementaron otras tecnologías, por ejemplo, con los organismos genéticamente modificados, cuando la incertidumbre respecto al impacto ambiental era muchísimo más importante que esta.

Es mi posición, no la de mi partido. También lo discutí con el señor diputado Perdomo Gamarra. Entiendo que los mecanismos del informe ambiental previo son suficientes para contener el uso o el abuso de esta tecnología.

Cuando de proteger el medioambiente se trata, como futuro de la movilidad soy un fiel defensor de la promoción de la electricidad. Me parece una contradicción que afinemos sobre una tecnología para extraer materiales que sabemos contaminan, como el gas y el petróleo; estamos siendo más eficientes quemándolos. Estamos ingresando en detalles para sacar un material que contaminará infinitamente mucho más que la tecnología misma.

SEÑOR ARISTIMUÑO (Saúl).- La delegación ha sido muy clara en su exposición. Por supuesto, la respuesta que vinieron a dar es en base a los proyectos presentados.

Coincido bastante con lo expresado por el señor presidente. Simplemente quiero hacer una consideración. El presidente del Colegio planteó si no nos estaríamos cercenando la posibilidad de aplicar una nueva técnica. Si bien no fue el objetivo del planteo ni de la invitación, ¿se han planteado la posibilidad, además de la prohibición, de generar leyes que regulen esta técnica? Quisiera saber si han manejado algún mecanismo que nos dé garantías o seguridades evitando la prohibición, porque estaríamos tomando una posición con respecto a una técnica que con la evolución que tiene la ciencia aún no sabemos en qué terminará. Lo digo porque en este ámbito hemos recibido opiniones absolutamente antagónicas respecto a la contaminación.

Hace unos días asistió una delegación importante, con vínculos internacionales; inclusive, vino el ingeniero Tierno Abreu, que hace mucho tiempo está vinculado al tema del petróleo. No hay evidencias comprobadas, drásticas, en cuanto a la contaminación; según algunas opiniones no hubo accidentes importantes que justifiquen la prohibición de esta técnica.

Entonces, como ustedes están en el tema, les planteo la inquietud; quizás está la posibilidad de evaluación. Para nosotros puede ser de utilidad manejar alguna alternativa a la prohibición o a la moratoria. Quisiera saber si frente al caso de que tengamos que utilizar esta tecnología, se pueden establecer garantías; ustedes sabrán cómo evaluarlo. Si es de interés general la protección del medioambiente, también lo es no cercenarnos la posibilidad de extracción de riquezas -con los cuidados ambientales que corresponda- que pueden redundar en beneficios para el país.

SEÑOR COUSILLAS (Marcelo).- Agradezco al señor diputado Aristimuño la posibilidad de referirnos a este tema.

Efectivamente, algunas legislaciones han tenido en cuenta esa posibilidad. Muchas veces se menciona a España como uno de los ejemplos de prohibición del uso de esta tecnología; sin embargo, algunas comunidades autónomas dictaron disposiciones prohibitivas, que fueron cuestionadas desde el punto de vista de la constitucionalidad, no desde un punto de vista típicamente ambiental, sino por si estaba o no dentro de las potestades de esas comunidades dictar tales prohibiciones. De hecho, España -estaba en una situación algo peor que la nuestra- tuvo que modificar su legislación sobre evaluación de impacto ambiental para incluir el fracking.

Por ejemplo, en 2015 la comunidad del País Vasco promulgó una ley optando por el camino de la regulación y estableció exigencias mayores para la utilización de esta tecnología. Tuvo en cuenta que el camino no era el

de la prohibición, sino el de la regulación. Y sumado a las disposiciones que en 2013 España dictó en materia de evaluación de impacto ambiental y evaluación ambiental estratégica, el País Vasco aprobó la Ley Nº 6/2015, de 30 de junio de 2015, estableciendo medidas adicionales de protección medioambiental a la extracción de hidrocarburos por fractura hidráulica o fracking. Es una ley muy breve, que básicamente refuerza las disposiciones en materia de evaluación de impacto ambiental y de evaluación ambiental estratégica, estableciendo algunas restricciones o prohibiciones en cuanto a la localización de este tipo de tecnologías, por ejemplo, en suelo considerado no urbanizable, alejándolo de las zonas urbanas, y estableciéndola claramente en zonas que no presentan algún interés especial desde el punto de vista de su localización, es decir, buscando algunas garantías adicionales.

La decisión entre prohibición y regulación pasa por cuantificar el peso que le podemos dejar al administrador, el costo que le dejamos al poder público y la incertidumbre sobre la que tendrá que resolver. Cuando por un lado están en juego valores tan importantes como la posibilidad de obtener petróleo o gas y por otro proteger el medioambiente, cuando la decisión entre esos dos valores pasa por alto costos, incertidumbre, un posicionamiento social dividido, lo recomendable es dejarla en manos del poder administrador o que el representante de la ciudadanía tome una alternativa legislativa. Ahí es donde el legislador puede dar una indicación mayor, ya sea en el sentido de prohibir o de adoptar medidas muy especiales de restricción.

SEÑOR Xavier de MELLO (Eugenio).- Todos sabemos que en el comercio internacional se utiliza el concepto de dumping ambiental y el de dumping laboral en referencia aquellas empresas o países que utilizan una tecnología que daña el medioambiente, logrando costos menores que si produjesen en países en los que se respeta el medioambiente. Eso es considerado un acto de competencia desleal internacional por la OMC, porque se está utilizando una ventaja ilegítima como es la de no preocuparse por el medioambiente para lograr un beneficio.

También vemos que en algunos aspectos, cuando se trata de países muy importantes eso no funciona. Si consideráramos que está razonablemente probado que el fracking genera grandes daños ambientales, Estados Unidos debería estar siendo acusado de practicar dumping ambiental, porque comenzó a producir petróleo y gas por este medio y logró que bajaran los costos de manera extraordinaria, compitiendo con terceros países que no utilizan esta tecnología, llevando a algunos de ellos a serios problemas económicos. Entonces, cuando tomamos decisiones tenemos que ser conscientes de cómo funciona el mundo, de que somos un país chico y, en ese sentido, comparto lo que decía el señor diputado en cuanto a que debemos ser muy cuidadosos. Quizás una forma de transar ante eventuales diferencias de criterio que puedan existir sea que el proyecto contemple un plazo de prohibición absoluta tal vez más breve y se establezca la facultad del Poder Ejecutivo de que, vencido el plazo, pueda adoptar determinadas previsiones en base al informe de la Comisión. En ese caso, habría que reforzar las normas que hoy existen en relación con el impacto ambiental y dejar supeditada la posibilidad de aprobación de determinado emprendimiento a la aplicación de esas normas, una vez vencido el plazo de la moratoria. De alguna manera, establecer la moratoria significa ganar tiempo respecto de una tecnología y sus consecuencias que no conocemos bien y, como dice el proyecto, con respecto a un suelo, un subsuelo, un ecosistema, un territorio y unas actividades productivas que deberían ser analizadas en relación con el fracking. A los efectos de estudiar y posicionarnos en términos de conocimientos, puede ser positiva una prohibición general, pero podría establecerse con un plazo, delegando luego la decisión en el Poder Ejecutivo, el cual adoptará todas las precauciones correspondientes a las normas vigentes y a las que se puedan agregar.

Esta no es una opinión firme del Colegio, ya que no lo hemos discutido en el Directorio; lo planteo como una forma transaccional de contemplar ambas posiciones: la prohibición por menos tiempo, pero estableciendo claramente que, vencido el plazo, el Poder Ejecutivo puede actuar. En los dos proyectos eso no está contemplado. Los cinco años tienen la apariencia de limitar, pero en realidad no lo hacen, porque luego de transcurridos, se hará el informe de la comisión, la evaluación por parte del Poder Ejecutivo y después se tiene que pronunciar el Parlamento, cosa que igual hubiera podido hacer sin que estuviera establecido ese plazo.

La virtualidad de esta aparente delimitación temporal no es útil y se podría encontrar alguna fórmula a través de fijar dos etapas: una primera de prohibición total para nutrirnos de las herramientas necesarias para resolver con mayor seguridad y una segunda en la cual, con las precauciones del caso, el Poder Ejecutivo esté en condiciones de tomar decisiones.

No sé si esa posición puede ser considerada viable por mi colega, que es más ambientalista que yo, porque es su especialidad y un experto en la materia, que no es mi caso. Se me ocurre que es la manera de que se apruebe una ley, haya una prohibición, se estudie el tema a fondo, pero no quede supeditado a que el Parlamento apruebe o no una nueva ley, que es el problema que tienen las normas legales que son más bien rígidas.

SEÑOR PRESIDENTE.- Varias juntas departamentales -creo que las de Artigas, Salto, Paysandú, Rocha y Tacuarembó- han sacado decretos prohibiendo en su territorio la utilización de la técnica de fracking. Quiero saber qué opinión tienen al respecto.

SEÑOR COUSILLAS (Marcelo).- Es un tema altamente discutible y sensible. Personalmente, creo que la Ley Nº 18.308, de 18 de junio de 2008, ha cambiado sustancialmente el esquema nacional en cuanto a la relación de competencias entre el gobierno nacional y los gobiernos departamentales en dos sentidos. Antes de esa ley, había quienes llegaban a dudar si el gobierno nacional tenía competencias para regular desde el punto de vista territorial, porque toda parte del territorio continental uruguayo está sometido a la jurisdicción de algún departamento. Desde ese punto de vista, la ley deja claro y reconoce que existe una competencia del gobierno nacional en la materia. De la misma manera y a la inversa, hasta esta ley se sostenía que los gobiernos departamentales tenían competencias en sus departamentos, pero había quienes las cuestionaban cuando iban más allá de los centros poblados. Nadie negaba la competencia de regular la edificación y de requerir permisos de construcción en las ciudades, pueblos o villas, pero se cuestionaba cuando eso sucedía en el medio rural y cuál era la potestad de intervención que el gobierno departamental tenía fuera de los centros poblados. Esta ley resuelve este problema y deja bien establecido que los gobiernos departamentales tienen competencia dentro de todo el territorio del departamento, sea urbano, suburbano o rural.

¿Cómo se articulan las competencias entre gobierno nacional y gobierno departamental a partir de la vigencia de la Ley de Ordenamiento Territorial? Creo que tenemos que recurrir a la materia. La competencia, como se enseña tradicionalmente en la Facultad de Derecho, está compuesta de los poderes o las facultades que un órgano tiene, el ámbito o la jurisdicción en la cual se ejerce y las materias en las cuales se ejerce. Entiendo que la materia relativa a la minería, la extracción minera y lo que sucede desde el punto de vista del subsuelo no corresponde a los gobiernos departamentales y estaría excluida de su competencia.

Sin embargo, podría prohibirse o regularse el fracking por los gobiernos departamentales a través de normas de ordenamiento territorial con la finalidad de proteger el medioambiente. También la ley ha dirimido las competencias entre gobierno departamental y gobierno nacional en materia ambiental. Recordemos que la ley de descentralización -conocida como ley de municipios- estableció no solo la materia del tercer nivel de gobierno, sino también de los gobiernos departamentales. No era la finalidad de la ley, pero el legislador aprovechó a establecer la materia de ambos niveles de gobierno. Cuando el artículo 3º hace referencia a la materia de los gobiernos departamentales establece entre ellas la protección del medioambiente y los recursos naturales dentro de su jurisdicción. La Ley de Presupuesto aclaró y especificó que la competencia de los gobiernos departamentales existe en la medida en que una norma jurídica expresa le asigne la competencia determinada en materia ambiental y sin perjuicio de las competencias del gobierno nacional. En resumen: el gobierno departamental tiene competencia en materia de residuos porque la Ley Orgánica Departamental de 1939 se la asigna; el gobierno departamental tiene competencia en materia de protección de las aguas, que es ambiental, porque la Ley Orgánica Departamental específicamente se la asigna; pero no tiene una competencia genérica de protección del medioambiente por la que puede dictar cualquier norma con respecto a cualquier tema porque la ley no le atribuye la materia ambiental sin límites, sino cuando específicamente le hubiera sido atribuida.

En este caso, entiendo que no le ha sido específicamente atribuida. Por tanto, conociendo las normas que han sido dictadas -que como se dijo antes, también han sido impugnadas ante la Cámara de Representantes-, creo que efectivamente, en la difícil delimitación de la materia nacional y la materia departamental, este tema ha quedado excluido de las competencias de los gobiernos departamentales.

SEÑOR PRESIDENTE.- Damos las gracias porque nos ha parecido muy provechosa la reunión.

Se levanta la reunión.